VORAUSSETZUNGEN DES VERZUGS DES KÄUFERS BEI DEM KAUF AUF ABRUF.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DIE MIT GENEHMIGUNG

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

VEREINIGTEN FRIEDRICHS-UNIVERSITÄT

HALLE-WITTENBERG

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

AM SONNABEND, DEN 9. DEZEMBER 1911, MITTAGS 12 UHR

ÖFFENTLICH VERTEIDIGEN WIRD

LUDWIG FREUDENTHAL

REFERENDAR

AUS ERFURT.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

OPPONENTEN:

HERR REFERENDAR DR. JUR. HANS HANNIG IN HALLE A. S.

HERR KAMMERGERICHTS-REFERENDAR FRITZ KLUGE IN BERLIN.

HALLE a. S.

HOFBUCHDRUCKEREI VON C. A. KAEMMERER & Co.

1911.

Meinen geliebten Eltern in tiefer Dankbarkeit.

Meinem Großvater in Liebe.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Begriff und rechtliche Natur des „Kauf auf Abruf“ 1

§ 2. Der Abruf 9

§ 3. Grundlegendes zum Verzuge bei dem Kauf auf Abruf 12

I. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs des Käufers.

§ 4. Im allgemeinen 13

§ 5. Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers . . . 15

§ 6. Das Angebot des Verkäufers 19

§ 7. Mangelnde Mitwirkung des Käufers zur Erfüllung durch Unterlassen des Abrufs 25

II. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs des Käufers.

§ 8. Im allgemeinen 30

§ 9. Kann die Abnahmepflicht des Käufers die Grundlage des Schuldnerverzugs des den Abruf unterlassenden Käufers sein? 31

§ 10. Der Verzug des Käufers mit dem Abruf als Voraussetzung für die Anwendung des § 326 BGB. 36

§ 11. Verhältnis des Verzugs des Käufers mit dem Abruf zu dessen Verzug mit der Spezifikation, insbesondere beim Handelskauf 40

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544726_0126

Literatur.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Dritter Teil, erste Hälfte. 1905.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Bd. 2, Abt. 1. 1879.

Brinkmann, Die Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag und die Folgen ihrer Verletzung. Diss. Leipzig 1906.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Bd. 1. 1910.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. 7. Aufl. 1. Hälfte. 1909.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und 2. 1900 und 1902.

Deutsche Juristenzeitung.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 2. Aufl. 1906.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches. Amtliche Ausgabe.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Bd. 1, 1906; Bd. 2, Abt. 1, 1905; Abt. 2, 1906.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Bd. 2. 1903.

Dormitzer, Der Spezifikationskauf. Diss. Erlangen 1904.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2, 1901; Bd. 3, 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Fortgeführt von Leonhard. Bd. 1. 1903.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 8. Aufl. 1903.

Eccius, Besprechung von Crome, System des Bürgerlichen Rechts in Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Bd. 45, S. 435 ff.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. 1. 1900.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. 1. 1904 und 1908.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 12, S. 252 ff.

Foertsch, Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt in Deutsche Jur. Zeitung. 1905. S. 15 ff.

Gareis, Das Kaufgeschäft. In Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrecht, herausgegeben von W. Endemann. Bd. 2, S. 540 ff. 1882.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2 und 3. 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1875.

Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Im Auftrage des Ältesten-Kollegiums herausgegeben von Heinrich Dove und Max Apt.

Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer zu Berlin. Im Auftrage der Handelskammer herausgegeben von Heinrich Dove und Eduard Meyerstein. Berlin 1907.

Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Herausgegeben von Prof. Dr. Max Apt. Berlin 1907. 2. Bd. 1910.

Hagen, Die Usance und Treu und Glauben im Verkehr. 1894.

Heimbach, Verzug. In Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft von Julius Weiske. Bd. 12.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. 1895.

Hohenstein, Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers — Gläubigers. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 25, S. 69 ff.

Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers. In Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Bd. 48, S. 711 ff.

Jahrbuch des deutschen Rechts. Herausgegeben von Hugo Neumann.

Jakobi, Die Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers. In Iherings Jahrbucher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Bd. 45, S. 259 ff.

Juristische Wochenschrift. Herausgegeben von Hugo Neumann.

Kern, Die betagte Forderung. Diss. Greifswald 1904.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Hoffmann, Brückner, Erler, Burlage, Busch, Ebbecke, Riehl, Schaffeld und Schmitt, Reichsgerichtsräte. 1910.

Kohler, Der Gläubigerverzug. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 13, S. 149 ff.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug. In Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 17, S. 261 ff.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und Bd. 2, Teil 1. 1906.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. 1904.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Laband, Die Handels-Usancen. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 17, S. 466 ff.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrecht. 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1901.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche. In Deutsche Juristen-Zeitung. 1902. S. 491 ff.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgegeben von Düringer, Jaeger, Könige. 1.—4. Jahrgang.

Leist, Die Differenzansprüche aus Börsengeschäften. In Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 83, S. 153 ff.

Loewe, Der Abnahmeverzug des Käufers. Seine Voraussetzungen und Wirkungen. Diss. Leipzig 1907.

Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

von Madai, Die Lehre von der mora. 1837.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 2. 13. Aufl. 1907.

Meißner, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1 und 2. Amtliche Ausgabe.

Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht. 3. Abteilung: Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa. 1855.

Müller, Der Successivlieferungsvertrag. In Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 50, S. 508 ff.

Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1898.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. 5. Aufl. 1909.

Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. Leipzig 1905.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 3. und 4. Aufl. 1910.

Oertmann, Der Kauf mit Spezifikation. Im Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 85, S. 202 ff.

Paech, Der Leistungsverzug, eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1902.

Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Bd. 1, 1903; Bd. 2, 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Bd. 1 und 2.

Puchta, Pandekten. 4. Aufl. von Rudorff. 1853.

Purper, Der Gläubigerverzug im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Heidelberg 1907.

Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Th. Soergel.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1, 1899; Bd. 2, 1903.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Regelsberger, Die Handelsgeschäfte. In Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von W. Endemann, Bd. 2, S. 383 ff. 1882.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 43, S. 141 ff.

Robinow, Auslegung des § 326 BGB., insoweit er nach § 375 HGB. auf den Spezifikationskauf Anwendung findet. Diss. Leipzig 1902.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft I: Fristbestimmung. 1901.

Saenger, Der Verzug beim Kauf nach heutigem Recht. unter Vergleichung des alten Handelsrechts. Diss. Leipzig 1902.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. 4. Aufl. Bd. 2. 1860.

Sohm, Bürgerliches Recht. In „Die Kultur der Gegenwart", Teil II, Abt. VIII: Systematische Rechtswissenschaft.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von Schütt.

Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris im österreichischen und gemeinen Rechte. 1884.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte: Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 1900.

Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. 2. 3. Aufl. 1868.

Schultz, Klauseln beim Handelskauf. In Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Bd. 40, S. 243 ff.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. In Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 46, S. 1 ff.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 1, Bd. 2, I. und II. Teil. 3/4. Aufl. 1908.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl., bearbeitet von Könige, Stranz, Pinner. 1907.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. 5. Aufl. 1875.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht. 1910.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.

Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzugs nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1902.

Wentrup, Der Gläubigerverzug im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1899.

Wolff, Die Lehre von der mora. Göttingen 1841.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 3 Bde. 1906.

Zander, Der Kauf „auf Abruf". Sonderabdruck aus „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", 52. Jahrgang (S. 304 ff). 1908.

Zander, Klauseln im Handelsverkehr. In Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, 49. Jahrgang, S. 573 ff., 774 ff.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt. Stuttgart, Ferdinand Enke.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Teil I. 1889.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Einleitung.

Mit der fortschreitenden Entwicklung des modernen Verkehrslebens gewinnt eine Geschäftsform eine wachsende Bedeutung: Der Kauf auf Abruf. Während zahlreiche dieses Geschäft betreffende Fragen den Gerichten, besonders auch dem Reichsgericht, zur Entscheidung, andere den kaufmännischen Körperschaften zur Begutachtung vorgelegen haben, hat deren entsprechende dogmatische Behandlung nur eine geringe Berücksichtigung gefunden. Gegenstand einer gesonderten Erörterung ist der Kauf auf Abruf, soweit sich übersehen läßt, in der Literatur bisher nur einmal geworden.[1]) Ein steigendes theoretisches und praktisches Interesse heischt der Verzug bei dem Kauf auf Abruf. Eine monographische Untersuchung, die diesen betrifft, dürfte hiernach ihre Berechtigung haben. Es soll im folgenden eine zusammenhängende Darstellung der

Voraussetzungen des Verzugs des Käufers bei dem Kauf auf Abruf

versucht werden.

Dabei kehren alte Streitfragen über die Erfordernisse des Verzugs im allgemeinen wieder, neue entstehen.

§ 1. Begriff und rechtliche Natur des „Kauf auf Abruf".

Von der Untersuchung des Begriffes und der rechtlichen Natur des „Kauf auf Abruf" hat die vorliegende Abhandlung auszugehen. Erst wenn versucht worden ist,

1) In der anregenden Arbeit von Zander: Der Kauf auf Abruf.

die Kriterien dieses Geschäfts zu finden, kann die Frage des Verzugs bei diesem erörtert werden.

Die Konstruktion des Kaufes auf Abruf muß mangels einschlägiger gesetzlicher Normierung vornehmlich aus dem Wesen des Geschäfts und seinem wirtschaftlichen Zwecke entwickelt werden.

Sehr häufig wird zwischen dem Verkäufer und Käufer eines bestimmten Warenquantums vereinbart, daß die Lieferung der Ware nicht alsbald nach dem Abschlusse des Vertrages, sondern erst innerhalb oder nach Ablauf einer kürzeren oder längeren Frist erfolgen soll. Durch eine solche Abrede ergeben sich für beide Seiten Vorteile und Nachteile. Der Verkäufer braucht es sich nicht mehr angelegen sein lassen, einen Abnehmer der Ware zu finden; er darf jedoch nicht anderweit über die Sache verfügen, wenn er sie bei schlechter Konjunktur zu niedrigem Preise verkauft hat, vor deren Übergabe an den Käufer aber die Verhältnisse sich in einer ihm günstigen Weise ändern. Der Käufer sichert sich das Bezugsrecht auf eine größere Warenmenge für eine künftige Zeit; er ist der Mühe enthoben, sich ferner die von ihm gewünschten Waren, die einem vielleicht noch gar nicht zu übersehenden Bedürfnisse entsprechen, zu verschaffen. Er muß aber die Sachen zu dem Vertragspreise nehmen, auch wenn beispielsweise der von ihm erwartete Bedarf nicht eintritt.

Um jede Unsicherheit darüber abzuschneiden, daß die Lieferung der Ware nicht sofort nach Vertragsabschluß, vielmehr zu einem oder mehreren späteren Zeitpunkten erfolgen soll, wird der hierauf gerichtete Parteiwille vielfach durch besondere sogenannte Klauseln ausgedrückt. Diesem Zwecke dient in prägnanter Weise auch die Klausel, für die die Terminologie des Handels die Bezeichnung „auf Abruf“ geschaffen hat.

Solche Klauseln sind eigentümliche Ausdrücke des Verkehrs, die eine bestimmte technische Bedeutung durch

die Verkehrssitte erlangt haben. Namentlich im Handelsverkehr hat sich bestimmter als anderwärts eine gleichmäßige Sprechweise und Auffassung, die Handelssitte, der Handelsgebrauch,[1]) herausgebildet. Aus diesem bei der Abwicklung von Handelsgeschäften Regelmäßigen und Gewöhnlichen werden die Prinzipien abstrahiert und zu kurzen Sätzen oder knappen Schlagwörtern, den Klauseln, formuliert.[2]) Mit diesen Formeln werden dann, soweit bei den Geschäften besondere Abreden getroffen werden sollen, in gleichmäßigen Fällen die Erklärungen der Parteien zusammengefaßt. Sie sind den Vertragsteilen, die infolge der Vielgeschäftigkeit des Verkehrs genötigt sind, sich möglichst auf die wesentlichen, für den einzelnen Vertrag eigentümlichen Punkte zu beschränken, sehr willkommen.[3]) Trotz der wenigen Worte, aus denen sie in der Regel bestehen, sind sie von großer Wichtigkeit.

Enthält ein Vertrag eine solche Klausel und ist diese nicht auf den ersten Blick verständlich, dann gilt § 157 BGB. Dieser schreibt die Rücksicht auf die Verkehrssitte vor. Gehören die Vertragsparteien dem kaufmännischen Stande an, so greift § 346 HGB. Platz, der hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung von Handlungen eine Rücksichtnahme auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, die Handelsgebräuche, verlangt.[4])

1) Ihre schärfste Ausprägung hat die Lehre von den Handelsgebräuchen durch Laband in Goldschmidts Z. 17, 499 ff. erfahren.

2) Vgl. Danz, Ausl. d. R. S. 182 ff. Schulz in Gruchots Beitr. 40, 243 ff. Einen Katalog solcher Geschäftsklauseln bieten Zander in Gruchots Beitr. 49, S. 573 f. und 774 ff, und Makower, Handelsg. 2, 990 ff. § 346 III b.

3) Ihre Verbreitung begünstigt ferner die grosse Vorliebe der Kaufleute für einen möglichst schablonenhaften Geschäftsgang. Cosack, Handelsrecht 1, 105 § 23 II.

4) Die Handelsverkehrssitte, der Handelsgebrauch, auch Üsance genannt, unterscheidet sich rechtlich in nichts von der sonstigen Verkehrssitte. Er ist nur eine Unterart der Verkehrssitte. Man kann den Handelsgebrauch mit Lehmann, Lehrb. S. 52, treffend als „kaufmännische Verkehrssitte“ bezeichnen.

Verkehrssitte und Handelssitte können eine doppelte Funktion haben. Sie können einerseits als Mittel und Behelf zur Auslegung von Willenserklärungen dienen, anderseits vermögen sie einer unvollständigen Willenserklärung ergänzend zur Seite treten.[5]) Für die Klauseln kommt die erste, interpretierende Funktion in Frage; denn durch die Anwendung einer Klausel haben die Parteien ihren Willen bereits zum Ausdruck gebracht. Es fragt sich nur: Wie ist der erklärte Wille zu verstehen? Es bleibt aufzuklären, wie die Formel nach der Regel des Verkehrs auszulegen ist. Sobald die Parteien aber im Vertrage auf eine Geschäftsklausel Bezug nehmen, unterwerfen sie sich dieser auch nach Maßgabe ihrer wirklichen, durch den Verkehr entwickelten und in ihm anerkannten Bedeutung.[6])

Haben die Parteien beim Abschlusse eines Kaufgeschäftes die Klausel „auf Abruf" gebraucht und zum Vertragsinhalt erhoben, so heißt das, der Käufer soll die gekaufte Sache von dem Verkäufer „abrufen". Darunter wird verstanden, der Käufer soll dem Verkäufer den Zeitpunkt der Lieferung bestimmen. Der Käufer soll wählen, wann die Lieferung erfolgen soll.[7]) Ist die Klausel auf Abruf in einen Kaufvertrag aufgenommen, so wird das ganze Geschäft als Kauf auf Abruf bezeichnet. Es leuchtet ein, daß durch eine derartige Abrede dem Käufer ein großer Spekulationsvorteil eingeräumt wird.[8]) Indes darf der Käufer die Ausübung der Wahl

5) Düringer-Hachenburg 2, 210 ff.; Lehmann Lehrb. S. 51 ff.; Lehmann-Ring 2 § 346 Nr. 5; Regelsberger in Erdmanns Handbuch 2, 393; Staudinger, Komment. 1, § 157, 3; Hagen, Die Usance S. 8; Prot. 1, 625.

6) RG. 42, 146.

7) Vgl. Staub, Komment. Exk. zu § 359 Anm. 4; Zander, S. 3.

8) Zander, S. 3, behauptet, dass die Abrede allein zugunsten des Käufers getroffen sei. Das lässt sich m. E. so allgemein nicht sagen. In vielen Fällen — man denke namentlich an Sukkressivlieferungsgeschäfte auf Abruf (§ 5 der Abhdlg.) — tätigt der Verkäufer den Schluss mit dem Käufer nur, wenn er nicht alsbald nach Abschluss des Vertrags zu liefern hat.

der Lieferungszeit nicht willkürlich hinausschieben. Bei einem ordnungsmäßigen Abschluß freilich wird das Endziel, bis zu dem der Besteller verpflichtet ist, abzunehmen, bestimmt sein.[9]) In Ermangelung einer Vereinbarung darüber, wann oder in welcher Frist der Abruf zu geschehen habe, müssen Umstände und Absicht der Parteien entscheiden. Weiter setzen Handelsgebräuche und schließlich der Gesichtspunkt der Angemessenheit dem Käufer nach dieser Richtung Ziel und Schranken.[10]) Ein allgemeiner Handelsgebrauch über die Dauer der Frist läßt sich nicht feststellen.[11]) Es sei weiter angeführt, daß es beispielsweise in der Branche für zahnärztliche Artikel[12]) keinen speziellen Handelsgebrauch dahin gibt, die Abforderung des Gesamtquantums einer bestellten Ware müsse innerhalb einer Jahres erfolgen; daß es keinen Handelsgebrauch gibt, nach dem Kurzwaren, die auf Abfordern verkauft wurden, innerhalb von 3 Monaten abzunehmen sind.[13]) Anderseits besteht in der Traubenzuckerbranche der Handelsgebrauch, daß bei Abschlüssen auf Abruf der Abruf innerhalb der zur Zeit der Bestellung laufenden Kampagne erfolgen muß.[14]) Ist zwischen den Parteien vereinbart „auf Abruf nach Bedarf", dann sind besonders auch die Gepflogenheiten der bisherigen Geschäftsverbindung zu berücksichtigen. Diese Abrede enthält zugleich die Zusicherung des Käufers, daß er bei eintretender Nachfrage nach der gekauften Ware seinen Bedarf nicht durch Zwischenkäufe anderweitig deckt.[15]) Es besteht auch

9) Gutachten Apt. S. 79 Nr. 2.

10) Vgl. Zander S. 13 ff.

11) Gutachten Dove-Meyerstein S. 85[360].

12) Gutachten Apt. S. 583 Nr. 60.

13) Gutachten Apt. S. 417[2].

14) Gutachten Apt. Bd. 2 S. 285. Vgl. ferner ebda. S. 258 Nr. 1 für den Verkehr zwischen Händlern und Bäcker.

15) Staub § 346 Anm. 17; OLG. Colmar im Recht 05, 229 Nr. 1067; RG. im Recht 1910, Nr. 1331. Vgl. auch RG. in Bolze Pr. 6, Nr. 552.

hier kein allgemeiner Handelsgebrauch, daß der Käufer den Abruf spätestens innerhalb eines Jahres oder bis zum Schlusse des Kalenderjahres zu bewirken hat.[16])

Für die Frage nach der rechtlichen Natur des Kaufes auf Abruf ist die Feststellung von Bedeutung, daß die Klausel „auf Abruf" den Kaufvertrag mit einer Bestimmung über die Lieferungszeit versieht. Zeitbestimmung im engeren technischen Sinne oder Befristung ist die dem Tatbestande eines Rechtsgeschäfts durch Parteiwillen hinzugefügte Bestimmung, kraft deren die durch das Rechtsgeschäft bezweckte rechtliche Wirkung ganz oder teilweise von dem Eintritt eines zukünftigen gewissen Zeitpunktes abhängig gemacht ist.[17]) Die rechtliche Behandlung einer Befristung ist nach der im Bürgerlichen Gesetzbuch getroffenen Normierung im wesentlichen der einer Bedingung gleich; die Befristung ist aufschiebend oder auflösend, je nachdem bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts ein Anfangs- oder Endtermin in dem Sinne beigefügt ist, daß bei Eintritt des Termins die Wirkung des Geschäfts eintreten oder aufhören soll. Es liegt im Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts, daß bezüglich des Anfangstermins nur solche Fälle getroffen werden, in denen seine Wirkung zunächst aufgeschoben sein und erst mit dem Eintritt des Anfangstermins entstehen soll. Vor dem Anfangstermin sind Rechte und Pflichten als solche aus dem Rechtsgeschäfte nicht vorhanden; es bestehen nur „unentziehbare Anwartschaften".[18])

Von den befristeten Rechtsgeschäften müssen die betagten geschieden werden. Während bei den ersteren ein gegenwärtiges Recht noch nicht vorliegt, handelt es sich bei den letzteren um ein bereits vollständig entstan-

16) Gutachten Apt. S. 280[1] für die Möbelbranche.

17) Kohler, Lehrb. d. B. R. 1, 569; Cosack, Bürg. R. 1, 243; Crome 1, 447; Staudinger 1, 548 § 163 Anm. 1; Leonhard, Allg. T., § 413; Enneccerus, Rechtsg., Beding., Anfangst. 1. Abt. S. 211 f. § 24.

18) von Tuhr, Allg. T., 1, 181.

denes Recht, dem lediglich ein Element für die Geltendmachung fehlt. Bei dem betagten Geschäft ist die Fälligkeit hinausgeschoben. Rehbein[19]) formuliert den Gegensatz so: die Befristung betrifft die Wurzel des Rechts, die Betagung, die Fälligkeit. Diese Differenzierung wird in der Praxis nicht immer genügend durchgeführt und hat auch in der Literatur einen Streit entfacht, der sich aus dem gemeinen Recht in das BGB. fortgesetzt hat.[20])

Der Scheidung von befristeten und betagten Rechtsgeschäften hat namentlich Enneccerus[21]) widersprochen. Er stellt den Satz auf, zur Wirkung des Geschäfts gehöre die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts so gut wie die Entstehung des Rechts; das BGB. begreife die beiden Fälle in § 163 durch die Worte: „Ist für die Wirkung des Geschäfts ein Anfangstermin bestimmt". Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Sie steht im Widerspruch mit den als Hülfsmittel der Auslegung wichtigen Gesetzesmaterialien. Im Entwurfe I war in § 141 bestimmt: wenn einem Rechtsgeschäft ein bestimmter Termin, dessen Eintritt gewiß ist, als Anfangstermin beigefügt ist, so tritt die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort ein und nur die Geltendmachung ist auf den Anfangstermin hinausgeschoben, wenn nicht aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts erhellt, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Anfangstermin eintreten soll. Nur im letzteren Falle sollten die Vorschriften über die Bedingung Anwendung finden. Die Motive[22]) zu dem

19) Das BGB. 1, 241.

20) Eine erschöpfende Erörterung dieser ganzen Lehre scheint bei dem Plane dieser Abhandlung nicht am Platze. Aber zu ihren Grundzügen Stellung zu nehmen, ist unerlässlich. Vgl. Langheineken, Anspr. u. Einr. S. 51 ff.; Endemann 1, 389 § 79; Enneccerus Bürg. R 1, 466; Kern, Diss., §§ 8, 4, 10 sowie die Literatur in Note 11 und 18 dieses §.

21) Lehrb. d. Bürg. R. 1, 466. Auf gleichem Boden stehen Dernburg, Bürg. R. 1, 518 Anm. 8 und Leonhard, Allg. T., S. 416 f.

22) Mot. 1, 269.

ersten Entwurfe betonen denn auch ausdrücklich, daß die Beifügung eines Anfangstermins diese zweifache Bedeutung haben könne. In der Kommission zur Beratung des Entwurfs wurde die Unterscheidung wieder gestrichen, da es klar sei, daß die Anordnung der Übertragung gewisser für die Bedingung geltender Vorschriften sich auf die Rechtsgeschäfte, in denen nur die Geltendmachung der Wirkung hinausgeschoben sein solle, nicht beziehe.[23]) An die Stelle des erwähnten § 141 wurde der jetzige § 163 gesetzt. In diesem hat mithin nur ausgesprochen werden sollen, welche Bestimmungen Anwendung finden sollen, wenn die Wirkung eines Rechtsgeschäfts selbst von dem Eintritt eines Anfangstermin abhängig gemacht ist. Abweichend davon sind aber die Fälle zu behandeln, in denen nur die Geltendmachung des Rechts hinausgeschoben ist.

Der Lehre von Enneccerus steht die herrschende Meinung entgegen. Diese[24]) faßt grundsätzlich das betagte Rechtsgeschäft in der oben erörterten Weise auf.

Haben die Parteien bei Abschluß eines Kaufes die Abrede „auf Abruf" getroffen, so geht ihre Intention nicht dahin, daß die gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen erst im Zeitpunkte des erfolgenden Abrufes entstehen sollen. Diese sind vielmehr sogleich bei dem endgültigen Abschlusse des Vertrages entstanden. Die Wirksamkeit des Geschäfts ist also nicht auf einen Anfangstermin hinausgeschoben. Es liegt kein bedingter Kauf derart vor, daß der Verkäufer nur dann zu liefern hätte, wenn rechtzeitig abgerufen wird.[25]) Es handelt sich um einen Fall der hinausgeschobenen Rechtsausübung. Die Par-

23) Prot. 1, 186.

24) Rehbein 1, 241; Endemann a. a. O.; Staudinger, Langheineken a. a. O.; Eccius in Gruchots Beitr. 45, 436 f.; Planck 1, 281 f. mit terminologischer Abweichung, ebenso Komm. d. RG. Räte 1, S. 155 § 163. Vgl. auch RG. in D. J. Z. 1902 S. 168 Nr. 35.

25) So OLG. Colmar im „Recht" 1909 Nr. 1931 und OLG. Celle im „Recht" 1908 Nr. 2300.

teien können vor dem Anfangstermin nur nicht den Vollzug der gegenseitigen Leistungen, keine Erfüllung begehren. Mit anderen Worten: die Leistungen sind vorher nicht fällig. Der Eintritt des Anfangstermins, und damit die Fälligkeit fallen mit der Bestimmung des Lieferungstermines durch den Käufer, mit dem Abrufe, innerhalb der durch das Endziel[26]) begrenzten Frist zusammen; er erfolgt spätestens mit dem Ablauf dieser Frist und insofern kann man bei dem Kauf auf Abruf auf jeden Fall von einem „zukünftigen gewissen Termine", der ein Kriterium des betagten Geschäftes bildet, sprechen.

Der Kauf auf Abruf ist mithin als ein betagter Kauf aufzufassen. Er weist in seinem Wesen sonst keine Eigenart gegenüber einem gewöhnlichen Kaufe auf. Die Grundsätze über den Kauf finden auf ihn Anwendung. Nach erfolgtem Abruf bezw. Ablauf der Abruffrist ohne diesen haben Verkäufer und Käufer ihre nun fällig gewordenen Leistungen, in der Regel Zug um Zug, zu bewirken. Vorher darf der Käufer eine Andienung[27]) der Ware, d. h. ein stattfindendes Erfüllungsangebot zurückweisen. Es liegt darin eine Ausnahme von der dem Satze des gemeinen Rechts „diei adjectio pro reo est" entsprechenden gesetzlichen Vorschrift des § 271 Abs. 2 BGB., nach der eine Bestimmung der Leistungszeit im Zweifel zu Gunsten des Schuldners gilt.

§ 2. Der Abruf.

Mit der Vornahme des Abrufs ergreift der Käufer die ihm vorbehaltene Initiative der Erfüllung. Er gibt durch diesen dem Verkäufer seinen Willen kund, daß er nunmehr die Lieferung der gekauften Sache verlange. Der Abruf ist also eine Willenserklärung, die den Verkäufer zu weiterem

26) Vgl. hierüber das früher Gesagte.

27) Über den Ausdruck „andienen" vgl. Foertsch: Sprache d. Jur., D. J. Z. 1905 S. 19/20.

Handeln motivieren soll. Man unterscheidet unter den Willenserklärungen solche, die einer bestimmten Person, dem Erklärungsgegner, gegenüber abgegeben werden müssen, um wirksam zu sein, und solche, die die Richtung an eine bestimmte Person entbehren können, ohne ihre Wirksamkeit einzubüßen. Seit Zitelmanns Vorgang[1]) bezeichnet man die ersteren als „empfangsbedürftige", die letzteren als „nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen". Das BGB. (§ 130) nennt die empfangsbedürftigen Willenserklärungen „Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind". Unter diese fällt auch der Abruf.

Ist der Abruf auch ein Rechtsgeschäft?

Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind nicht schlechthin synonym.[2]) Das BGB. selbst enthält keine Definition des Rechtsgeschäfts, obwohl es den Ausdruck häufig gebraucht. Die Motive zum ersten Entwurfe (I, 126) bezeichnen als Rechtsgeschäft (im Sinne des Entwurfs): eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist".

Diese mit der in der Wissenschaft herrschenden Auffassung[3]) des Rechtsgeschäfts übereinstimmende Begriffsbestimmung liegt auch dem BGB. zu Grunde. Jedes Rechtsgeschäft besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen. Es gibt kein Rechtsgeschäft, das als Bestandteil nicht mindestens eine Willenserklärung hat. Der Begriff Rechtsgeschäft ist demnach weiter als der der Willenserklärung. Er umfaßt das einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäft, je nachdem zur Erreichung des beabsich-

1) Die Rechtsgeschäfte im Entw. eines BGB. 1 S. 23.

2) Eine ausdrückliche Identifizierung beider findet sich bei Eck-Leonhard 1, 116.

3) Cosack, Bürg. R. 1, 151; Enneccerus, Bürg. R. 1, 335; Dernburg 1 § 107 II; Planck 1 S. 179; Windscheid-Kipp 1 § 69; Sohm, Bürg. R. in Systemat. Rechtswiss. S. 27; Zitelmann, Irrt. und Rechtsgesch. S. 308.

tigten Rechtserfolges nur die Willenserklärung einer Person oder das Zusammenwirken von Willenserklärungen mehrerer Personen vorliegen muß. Entsprechend den Willenserklärungen lassen sich die einseitigen Rechtsgeschäfte in empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige einteilen. Zu den ersteren ist der Abruf zu rechnen. Sein rechtsgeschäftlicher Charakter ergibt sich daraus, daß er entsprechend der Absicht des Käufers auf den Rechtserfolg gerichtet ist, die Erfüllung herbeizuführen. Er bildet auch den Ausfluß nur eines Willens, eben des Willens des Käufers.

Wie bei jedem Rechtsgeschäft, so sind auch bei dem Abruf — dies ergibt sich schon aus der Eigenschaft als Willenserklärung — drei Momente einzeln zu erwägen, nämlich der Wille selbst, die Erklärung des Willens und seine Übereinstimmung mit der Erklärung. Fehlt es an einem dieser drei Momente, so liegt kein ordentliches Rechtsgeschäft und damit auch kein rechtmäßig zustandegekommener Abruf vor.

Die Abrufserklärung bedarf keiner besonderen Form. Sie kann mündlich oder schriftlich, telefonisch [1]) oder telegraphisch abgegeben werden. Zu ihrer Wirksamkeit ist es nicht erforderlich, daß sie die Worte „Abruf", „abrufen" oder ähnliche (abfordern etc.) enthält. Ausschlaggebend ist, daß der Käufer den Abruf in eine solche Form kleidet, aus der der Verkäufer unzweideutig ersieht, daß es dem Käufer um die Lieferung der gekauften Ware zu tun ist. Über die Gültigkeit des Abrufs in dieser Hinsicht entscheidet letzten Endes richterliches Ermessen.

Der Inhalt der Abrufserklärung bestimmt sich nach dem Inhalte des Kaufvertrages. Durch den Abruf muß der Verkäufer genau unterrichtet sein, ob, wann und was er zu leisten hat.

---

4) Vgl. RG. 61, 126.

§ 3. Grundlegendes zum Verzuge bei dem Kauf auf Abruf.

Verläuft ein mit der Abrede auf Abruf geschlossenes Kaufgeschäft ordnungsmäßig, so nimmt der Käufer den Abruf rechtzeitig vor. Erweist er sich aber in der Vornahme des Abrufs säumig, so tritt die Möglichkeit des Verzugs hervor.

Verzug kann von Seite des Schuldners (Schuldner-, Leistungs-, Erfüllungsverzug) oder von Seite des Gläubigers stattfinden (Gläubiger-, Annahmeverzug), d. h. es kann der Grund, weshalb die Erfüllung eines Schuldverhältnisses zur gehörigen Zeit unterblieben ist, auf der Seite des Schuldners oder auf der Seite des Gläubigers liegen. Ist zwischen Gläubigerverzug und Schuldnerverzug auch ein gewisser Parallelismus unverkennbar,[1]) so haben beide Rechtsinstitute doch völlig getrennte Grundlagen. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch dementsprechend die beiden Arten des Verzugs ganz verschieden behandelt, tritt schon äußerlich dadurch hervor, daß es dem Verzuge des Schuldners eine Stelle unter dem ersten Titel des ersten Abschnittes des Rechts der Schuldverhältnisse, „Verpflichtung zur Leistung" zuweist, dagegen den Verzug des Gläubigers unter einen eigenen Titel setzt.[2])

Die Unterscheidung zwischen Verzug des Schuldners und Gläubigers ist auch für den Verzug bei dem Kauf auf Abruf von grundsätzlicher Bedeutung. Der Kauf auf Abruf ist seiner Rechtsnatur nach als regulärer, wenn auch betagter, Kaufvertrag charakterisiert worden. Er stellt sich hiernach als gegenseitiger Vertrag dar; jeder Vertragsteil ist zugleich Gläubiger und Schuldner: der Käufer ist in Bezug auf die Kaufsache, die er zu fordern berechtigt ist, Gläubiger, der Verkäufer Schuldner; in Bezug auf den Kaufpreis verhält es sich umgekehrt. Es können daher beide Arten des Verzugs bei jedem Kontrahenten eintreten.

1) Vgl. Pacch S. 20.
2) Vgl. Stammler, Schuldvhltn. S. 151 Note 1.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich die systematische Anordnung des Stoffes dieser Abhandlung, die es nur mit dem Verzuge des Käufers zu tun hat:

I. Voraussetzungen des Gläubigerverzuges,

II. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges, des Käufers bei dem Kauf auf Abruf.

I. Voraussetzungen des Gläubigerverzugs des Käufers.

§ 4. Im Allgemeinen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Definition des Gläubigerverzugs. Es hat die Lehre hiervon mit einigen Abänderungen aus dem gemeinen Recht übernommen. Die Definition gehört auch nicht in das Gesetzbuch, denn der Gläubigerverzug ist nur eine Konsequenz aus dem Prinzipe der Obligation; zudem ist es Sache der Rechtswissenschaft, diese Lehre zu fassen und zu entwickeln; die Gesetzgebung hat zu disponieren, nicht zu deduzieren.[1]) Es ist für den Schuldner von großer Bedeutung, ob der Gläubiger sich in Verzug befindet oder nicht, denn durch den Eintritt des Gläubigerverzugs werden seine Verpflichtungen abgeschwächt.

Ein Gläubiger gerät in Gläubigerverzug, wenn er die ihm ordnungsmäßig angebotene Leistung nicht annimmt oder in anderer Weise die seinerseits zur Erfüllung des Schuldverhältnisses erforderliche Mitwirkung unterläßt.

---

1) Kohler in Iherings J. 17, 421. Ebenso Laband im Arch. Ziv. Prax. 74, 302: Es ist Sache der Wissenschaft, aus den im Gesetz enthaltenen Rechtsregeln die zutreffende Definition abzuleiten.

Zwei Erfordernisse müssen also zunächst unbestritten gegeben sein, damit der Gläubiger rechtswirksam in Verzug gerate:[2])

a) auf Seite des Schuldners: das ordnungsmäßige Angebot der Leistung;

b) auf Seite des Gläubigers: die mangelnde Mitwirkung zur Erfüllung.

Ein drittes Moment ließe sich noch als Voraussetzung anführen, es ist jedoch ganz selbstverständlich, nämlich das Vorhandensein eines Anspruches. Daß ein solcher bei dem Kauf auf Abruf als einem wirksamen Vertrage stets vorliegt, ist bereits ausgeführt. Im allgemeinen ist dagegen nicht notwendig, daß dieser Anspruch fällig ist,[3]) denn selbst bei Bestimmung einer Leistungszeit steht dem Schuldner im Zweifel die Befugnis zu, bereits vor der Fälligkeit zu erfüllen (§ 271 II. BGB.); der Schuldner kann also schon vor der Fälligkeit beim Vorliegen der angegebenen Erfordernisse den Verzug des Gläubigers herbeiführen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat freilich für solche Fälle eine Kautel geschaffen, um den Gläubiger gegen Überraschungen und Schikane zu schützen. Nach § 299 soll eine vorübergehende Verhinderung des Gläubigers, die Leistung anzunehmen, nicht genügen, den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen, es sei denn, daß ihm der Schuldner die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat. Bei dem Kauf auf Abruf tritt indes Gläubigerverzug des Käufers nicht vor der Fälligkeit ein; denn einerseits darf bei diesem der Käufer abweichend von der gesetzlichen Vorschrift des § 271 Abs. 2 die Leistung des Verkäufers jederzeit fordern, braucht sie aber vor Abgabe der Abrufserklärung bezw. Ablauf der vertragsmäßigen, handelsüblichen oder angemessenen Abrufsfrist nicht anzunehmen, anderseits tritt aber mit dem Abruf bezw. dessen

2) §§ 293, 294 BGB.

3) So Dernburg Schuldv. 1. Abt. S. 179 § 75; Cosack, Bürg. R. 1, 430 § 106; Endemann 1, 786; Crome 2, 148.

Zugehen an den Verkäufer oder mit dem Ablaufe der Abrufsfrist Fälligkeit ein.

In allen Fällen, in denen die Erfordernisse des Gläubigerverzug, ordnungsmäßiges Angebot und Nichtannahme erfüllt sind, ist ein Verzug des Gläubigers trotzdem ausgeschlossen, wenn der Schuldner nicht leistungs-, erfüllungsbereit gewesen ist. Von der Leistungsbereitschaft, im allgemeinen und insbesondere beim Kauf auf Abruf, soll im folgenden zunächst gehandelt werden.

§ 5. Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers.

Die Leistungsbereitschaft ist nicht eine notwendige positive „Voraussetzung" des Gläubigerverzugs auf Seite des Schuldners;[1]) dies ist allein das Angebot der Leistung. Das Realangebot[2]) ist nun ohne Leistungsbereitschaft nicht denkbar;[3]) bei dem Verbalangebot ist aber auch ein Scheinangebot möglich; trotzdem entsteht Gläubigerverzug. Der Gläubiger kann sich jedoch gemäß § 297 BGB. gegen die Auslösung der Verzugswirkungen schützen, wenn er beweist, daß der Schuldner zur Zeit des Angebotes außer Stande war, die Leistung zu bewirken. Durch die Beweislastverteilung des § 297 BGB. wird der Möglichkeit schikanösen Bestreitens der Leistungsbereitschaft durch den Gläubiger entgegengetreten.[4])

Der Schuldner ist leistungsbereit, wenn er alles getan hat, was behufs Erfüllung seiner Verpflichtung von seiner Seite ohne Mitwirkung des Gläubigers zu tun war.[5]) Wenn es nicht zur Erfüllung kommt, darf dies allein auf

---

1) Ebenso Oertmann § 297 Note 1; Endemann 1, 787 § 139 Note 10.

2) § 6 der Abhdlg.

3) Vgl. Munk S. 70.

4) Prot. 1, 329; Matthias S. 199.

5) Rosenberg in Iherings J. 43 S. 184 und 165; Schey S. 109, 110; Enneccerus 1,2 S. 707; Windscheid-Kipp 2, § 345; Kohler in Iherings J. 17, 400 ff.; vgl. auch RG. 5, 66.

die mangelnde Beihülfe des Gläubigers zurückzuführen sein. Der entscheidende Zeitpunkt, zu dem der Schuldner leistungsbereit sein muß, ist der des Angebots der Leistung, und in den Fällen, in denen, wie später auszuführen ist, ein Angebot überflüssig ist, der Zeitpunkt, in dem der Gläubiger seine Mitwirkungstätigkeit eintreten lassen muß (§ 297 BGB.).

Was zur Leistungsbereitschaft gehört, hängt davon ab, wieweit der Schuldner zum Zwecke der Bewirkung der Leistung ohne Mitwirkung des Gläubigers tätig werden kann. Je weniger oder mehr der Gläubiger nach der Art und dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses zur Erfüllung mitzuwirken hat, um so mehr bezw. weniger muß der Schuldner getan haben, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. Gewöhnlich besteht die Mitwirkung des Gläubigers nur in einem Zugreifen, Nehmen. Hier muß der Schuldner seine Leistung soweit führen, daß der Gläubiger zugreifen, nehmen kann. Es kann aber auch sein, daß die Mitwirkung des Gläubigers dem Beginn der schuldnerischen Tätigkeit vorhergehen muß, oder daß durch das Nichtmitwirken des Gläubigers deren Fortsetzung ausgeschlossen ist. Dahin gehören der Spezifikationskauf, bei dem der Käufer (= Gläubiger) noch die nähere Bestimmung über die Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse der gewünschten Ware zu treffen hat, oder die Wahlschuld, bei der von dem Gläubiger nach dem betreffenden Schuldverhältnisse die Wahl unter mehreren Gegenständen zu treffen ist. In diesen Fällen genügt es, wenn der Schuldner sich in die Lage versetzt hat, in die er sich ohne die Mitwirkung des Gläubigers versetzen konnte, und wenn er nach erfolgter Mitwirkung die Leistung vorzunehmen imstande ist.[6])

Unter die zuletzt gekennzeichneten Fälle ist auch der Kauf auf Abruf einzureihen. Nach gesetzlicher Vor-

6) Mot. 2, 69; Kohler in Iherings Jahrb. 17, 283; Windscheid § 345.

schrift[7]) ist der Verkäufer verpflichtet, die Sache dem Käufer zu übergeben. Damit der Käufer in Gläubigerverzug versetzt werde, muß der Verkäufer alles getan haben, was er zu tun hatte, um die Ware vertragsgemäß übergeben zu können.[8]) Bei dem Kauf auf Abruf kann der Verkäufer (= Schuldner) nun aber die sämtlichen seinerseits zur Vorbereitung der Übergabe erforderlichen Handlungen nicht vornehmen, weil diese teilweise durch ein Vorgehen seitens des Käufers bedingt sind; denn der Käufer hat zur Erreichung der Erfüllung nicht nur durch die letzte zur Realisierung der Übergabe erforderliche Handlung,[9]) die Entgegennahme der Ware, mitzuwirken, vielmehr hat er noch die durch den Vertrag bestimmte weitere frühere Tätigkeit des Abrufs vorzunehmen, damit der Verkäufer in die Lage komme, zu leisten.

Hiernach hat der Verkäufer bei einem Kauf auf Abruf, um leistungsbereit zu sein, eine solche Tätigkeit zu entwickeln, daß er imstande ist, sobald der Käufer den Abruf vornimmt oder die Abrufsfrist verstrichen ist, die Leistung in gehöriger Weise, namentlich zur rechten Zeit und am rechten Orte zu bewirken.[10])

So liegt unzweifelhaft Leistungsbereitschaft vor, wenn Gegenstand des Kaufs auf Abruf ein Quantum bildet, das der Verkäufer noch aus einem bestimmten Vorrat auszuscheiden hat, und wenn dieses zur fraglichen Zeit noch vorhanden ist. Z. B. der Verkäufer hat dem Käufer 1000 Ztr. Weizenstroh von dem auf seinem Felde stehenden Strohdiemen auf Abruf verkauft; hier ist nicht nötig, daß der Verkäufer zur entscheidenden Zeit die verkauften 1000 Ztr. Stroh von dem Diemen ausgeschieden hat. Der Ausscheidung steht die Förderung von Kohlen gleich; der Verkäufer ist leistungsbereit, wenn er die abzurufenden

7) § 433 BGB.
8) Leist, Arch. Ziv. Prax. 83, 165.
9) Vgl. RG. 10, 99.
10) Vgl. Rosenberg in Iherings Jahrb. 43, S. 184, 188, 191 Abs. 2.

Kohlen im maßgebenden Zeitpunkte noch ungefördert in seiner Zeche hat.[11]) Die Erfüllungsbereitschaft setzt aber nicht unbedingt voraus, daß der Verkäufer die auf Abruf zu liefernde Ware vorrätig hat. Er braucht auch nicht einen vertraglichen Anspruch auf Bezug derselben gegenüber einem Dritten zu haben.[12]) Es genügt, wenn der Verkäufer jederzeit in der Lage ist, sich die Ware ohne weiteres zu verschaffen. Es muß nur die Möglichkeit für ihn vorhanden sein, im Falle des Abrufs erfüllen zu können. Die Leistungsbereitschaft des Verkäufers ist auch dann für begründet zu erachten, wenn der Verkäufer seinerseits erst die Ware noch von einem Dritten abzurufen hat, sofern der Dritte die Ware liefern will und kann.[13]) Es wäre schikanös, wenn der Käufer, der den Abruf unterlassen hat, sich später darauf berufen wollte und könnte, der Verkäufer hätte die Ware zur Zeit des Angebots oder des Ablaufes der Abrufsfrist nicht auf Lager gehabt.

Zur Erfüllungsbereitschaft gehört endlich, daß die zur Verfügung des Verkäufers stehende Ware die vertragsmäßigen Eigenschaften hat.[14])

Von Bedeutung ist noch die Erörterung, welchen Umfang die Leistungsbereitschaft bei den Successivlieferungsgeschäften haben muß. Successivlieferungsgeschäfte sind solche Kaufgeschäfte, bei denen in einem einheitlichen Vertrage vereinbart ist, daß der Verkäufer das Gesamtquantum der verkauften Ware nicht auf einmal, sondern in zeitlich getrennten Abschnitten zu liefern hat.[15]) Wegen ihres Zusammenhanges mit dem ganzen Geschäftsbetriebe

11) Meißner, Schuldverh. S. 33 Anm. 4; Leist Arch. Ziv. Prax. 83, 174 ff.; ROHG. in Seuff A. 32 Nr. 337; RG. 5, 66.

12) RG. 50, 260 (D. J. Z. 1902 S. 273); Staudinger § 297.

13) Ebenso Lehmann-Ring 2, 100 § 373 Nr. 7. And. Ans. RG. 33, 97.

14) RG. in Gruchots Beitr. 36, 1174 oben.

15) Vgl. Staub, Komment., Exk. zu § 374 Anm. 135; RG. 58, 421 f.; Müller in Grochots Beitr. 50, 508 f. verlangt auch entsprechende Vereinbarung ratenweiser Zahlung. Gegen Müller richtig Staub a. a. O. und Makower 2, 1208.

und ihrer auf einen längeren oder kürzeren Zeitraum berechneten Dauer sind sie gewöhnlich wirtschaftlich besonders wichtig. Innerhalb welcher Zeitabschnitte — ob z. B. monatlich oder wöchentlich — und wieviel innerhalb jedes einzelnen Zeitabschnittes zu liefern ist, bestimmt in Ermangelung einer Abrede in den meisten Geschäftszweigen der Handelsgebrauch.[16]) Gerade bei den Successivlieferungsgeschäften wird nun häufig vereinbart, daß die konkrete Lieferungszeit für die einzelnen Raten durch die Wahl des Käufers bestimmt werde, der Käufer also die Raten abrufen solle. Der Verkäufer muß dann zu den Zeiten, in denen er die einzelnen Teillieferungen zu bewirken hat, nach Maßgabe der oben entwickelten Grundsätze imstande sein, die in diesen Zeitpunkten von dem Käufer abzurufenden Mengen zu liefern, wenn für den Käufer nicht ein Befreiungsgrund von den Verzugsfolgen vorliegen soll.[17]) Bei den Successivlieferungsgeschäften kann, falls der Käufer hinsichtlich einer Lieferung in Gläubigerverzug geraten ist, Verzug in betreff aller Lieferungen eintreten. In einem solchen Falle[18]) braucht der Verkäufer sich nicht im Besitze der ganzen zu liefernden Menge von Waren zu befinden; es genügt vielmehr auch hier zur Leistungsbereitschaft, wenn er überhaupt, insbesondere auf Grund von Verträgen, die er mit Dritten geschlossen hat, rechtzeitig hätte liefern können.[19])

§ 6. Das Angebot des Verkäufers.

Auch bei dem Vorhandensein der Leistungsbereitschaft des Schuldners treffen den Gläubiger, der seine Mitwir-

16) Siehe § 1 Noten 11—15 d. Abhdlg.

17) RG. in J. W. 1903 Beil. S. 78 Nr. 180.

18) Z. B.: Wenn der Käufer sich unter einer Begründung, die die ganze Lieferung trifft, weigert, eine ihm wegen verzögerten Abrufs tatsächlich angebotene Teilleistung anzunehmen und darauf der Rest ihm wörtlich angeboten wird, kann unter Umständen sogleich Gläubigerverzug bezüglich aller Teilleistungen eintreten.

19) Denkschr. z. HGB. S. 216. Goldmann 3, 1612 Ziff. 245.

kung bei der Erfüllung versagt, nicht ohne weiteres die Folgen des Verzugs. Die Leistungsbereitschaft muß vielmehr für den Gläubiger äußerlich erkennbar hervortreten. Es bedarf deshalb zur Begründung des Verzugs regelmäßig eines Angebotes der Leistung.[1]) Dieses steht in seiner Bedeutung für den Gläubigerverzug parallel mit der Mahnung bei dem Schuldnerverzug.

Das Angebot ist die Erklärung des Schuldners, jetzt leisten zu wollen, und zugleich die darin liegende Aufforderung für den Gläubiger, seine Mitwirkung zur Erfüllung eintreten zu lassen. Unterläßt der Gläubiger trotz des Angebots seine Mitwirkung, so soll durch das Angebot dargetan werden, daß die Verzögerung der Erfüllung ihren Grund allein im Gläubiger hat.[2]) Das Angebot kann ein tatsächliches, sog. Realoblation, oder ein wörtliches, Verbaloblation, sein. Rosenberg[3]) hält die Unterscheidung zwischen tatsächlichem und wörtlichem Angebot für fehlerhaft, weil man den Umfang der Leistungsbereitschaft mit der Art des Angebotes verwechsele. Man habe nicht zu fragen, wie habe der Schuldner anzubieten, sondern was habe er anzubieten; hierbei lasse sich dann zwischen tatsächlicher und wörtlicher Leistungsbereitschaft unterscheiden. Gegen diese Ansicht führt Planck[4]) treffend aus, daß sie nicht dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht und keine Vorteile gewährt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht von dem tatsächlichen Angebot als dem Regelfalle aus. § 294 verlangt, daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden muß. Er bezieht sich auf alle Fälle, in denen seitens des Gläubigers, um die

1) Mommsen, Lehre von der mora S. 139 ff.; Schey S. 115 ff.; Sintenis 2, 218; Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 12 S. 918; Munk S. 8 ff.

2) Mommsen S. 139.

3) Iherings J. 43, S. 151 ff., 183.

4) 2, § 293 Anm. 1.

Bewirkung der Leistung zu ermöglichen, keine weitere Tätigkeit als das bloße Annehmen nötig ist.[5]) Die Leistung muß hier in jeder Hinsicht so angeboten werden, wie sie nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses dem Schuldner obliegt, also insbesondere vollständig, am rechten Orte und zur rechten Zeit, unter gleichzeitiger Beobachtung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.[6]) Bei einer Bringschuld z. B. muß der Schuldner mit dem Leistungsgegenstand sich bei dem Gläubiger einfinden und ihn diesem vorlegen, so daß der Gläubiger nur zuzugreifen braucht.

Von dem Erfordernisse des tatsächlichen Angebotes werden in § 295 BGB. zwei Ausnahmen gemacht.[7]) Ein wörtliches Angebot genügt einmal, wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Es wäre, wie Dernburg[8]) sagt, eine Vergeudung von Zeit und Kraft auch den Versuch tatsächlicher Erfüllung zu fordern, wenn er offenbar vergeblich wäre.

Von größerer Bedeutung als dieser erste Fall ist für den Gläubigerverzug des Käufers bei dem Kauf auf Abruf die zweite in § 295 statuierte Ausnahme von dem Prinzipe des tatsächlichen Angebotes. Ein wörtliches Angebot genügt auch dann, wenn eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, damit der Schuldner die Leistung bewirken kann; weniger als ein wörtliches Angebot genügt aber hier in keinem Falle.[9]) Man muß, um die Berechtigung dieser Vorschrift zu erkennen, wieder auf das Grundprinzip zurückgehen, daß der Schuldner alles ge-

5) Staudinger § 294; Planck 2, § 294 Note 2; Motive 2, 70.

6) Schollmeyer, Schuldverh. 1. Hälfte § 296 zu a, Dernburg, Bürg. R. Bd. 2, Abt. 1. S. 179.

7) Ebenso schon nach gemeinem Recht. Windscheid-Kipp 2 § 345. Dernburg Pand. 2 § 43.

8) Bürg. R. Bd. 2 Abt. 1, S. 179. Ähnlich Kohler, Bürg. R., 2, 198 und in Jherings J. 17, 401.

9) And. Ans. Oertmann, Schuldv., zu § 295, Anm. 3.

tan haben muß, wozu ihn die Obligation verpflichtet, soweit er dies ohne Mitwirkung des Gläubigers tun konnte. Ist die zur Erfüllung erforderliche Tätigkeit des Schuldners durch eine Handlung[10]) des Gläubigers bedingt, so kann der Schuldner, solange der Gläubiger die Handlung nicht vorgenommen hat, nichts anderes tun, als die Leistung wörtlich anbieten. Erklärt er, daß er bereit sei zu leisten, womit er zugleich den Gläubiger auffordert, seinerseits tätig zu werden, so hat er — bei tatsächlicher Herstellung der ihm ohne Mitwirkung des Gläubigers möglichen Leistungsbereitschaft — alles getan, was zur Zeit von seiner Seite zwecks Bewirkung der Leistung geschehen kann. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Gläubiger gleichzeitig mit dem Schuldner tätig werden oder mit seiner Handlung vorangehen muß. Als Beispiele seien genannt der wegen seiner Wichtigkeit in § 295 noch besonders hervorgehobene Fall der Holschuld und die bereits früher erwähnten Fälle, daß der Gläubiger unter mehreren wahlweise geschuldeten Gegenständen zu wählen oder beim Spezifikationskaufe Maße, Formen und ähnliche Verhältnisse zu bestimmen hat.

Auch der Abruf des Käufers ist als eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung im Sinne des § 295 BGB. anzusehen, denn er bildet nach den früheren Ausführungen eine notwendige Voraussetzung für die Lieferung des Verkäufers.[11]) Unterläßt daher der Käufer den Abruf, so tritt lediglich durch die Säumnis im Abruf noch nicht ohne weiteres Gläubigerverzug ein; vielmehr bedarf es zu dessen Herbeiführung eines Angebotes der Ware; genügend ist jedoch stets ein wörtliches Angebot.

Statt des wörtlichen Angebotes läßt der Schlußsatz des § 295 BGB. auch eine an den Gläubiger gerichtete Aufforderung des Schuldners, die erforderliche Handlung

10) Crome, 2, 150, nennt sie Hülfshandlung.

11) So Staub, § 373 Anm. 11; Neumann, BGB. 1, 282; RG. in Seuff A. 62, 230 („Recht" 1907 S. 307, Nr. 566).

vorzunehmen, zu. In der Form dieser Aufforderung stellt sich eben die Erklärung der Leistungsbereitschaft des Schuldners dar.[12]) Es bedarf daher außer dieser Aufforderung nicht noch eines weiteren Angebotes. Das wörtliche Angebot und die Aufforderung sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, auf die die §§ 130 bis 132 BGB. Anwendung finden. Bei dem Kauf auf Abruf wird — falls nicht der sogleich zu behandelnde Fall des § 296 BGB. vorliegt — der Verkäufer häufig an den nicht abrufenden Käufer die Aufforderung zur Vornahme des Abrufs richten.[13]) Der Käufer gerät dann durch diese Aufforderung in Verzug, wenn der Verkäufer leistungsbereit und eine angemessene Frist zum Abruf schon verstrichen war, oder der Käufer auch in der den Umständen nach angemessenen[14]) Frist nicht abruft. Nimmt dagegen der Käufer auf die Aufforderung bezw. das wörtliche Angebot des Verkäufers den Abruf vor, so hat nunmehr der Verkäufer tatsächlich anzubieten.

Eines Angebotes oder einer Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger, daß dieser die seinerseits erforderliche Handlung vornehme, bedarf es überhaupt nicht, wenn für die Vornahme dieser Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder sich von vorgängiger Kündigung an nach dem Kalender berechnen läßt (§ 296 BGB.). Nimmt der Gläubiger zu dieser kalendermäßig bestimmten Zeit die Handlung nicht vor, so kommt er in Verzug, es sei denn, daß er beweist, daß der Schuldner zu dieser Zeit nicht leistungsbereit war. Es gilt hier analog der in § 284 Abs. 2 BGB. für den Verzug des Schuldners getroffenen Bestimmung aus Billigkeitsgründen[15]) für den

12) Mot. 2, 71.

13) Vgl. Staub § 373 Anm. 1; RG. in Leipz. Zeitschr. 1910, S. 462, Nr. 11, 1907 S. 222; RG. in JW. 1904 S. 168 Nr. 8; OLG. Breslau im „Recht" 1903 S. 338 Nr. 1811.

14) Oertmann, Schuldv., S. 147 Anm. 2.

15) Mot. 2, 71.

Gläubigerverzug der Satz: dies interpellat pro homine. Die Bestimmung der Zeit kann nicht einseitig von dem Schuldner vorgenommen werden, sie muß durch Vertrag erfolgt sein.[16])

Für die Anwendung der Vorschrift des § 296 BGB. ist es unerheblich, ob die Bestimmung der Zeit durch Festsetzung eines Termines oder einer Frist geschieht. Die Frist muß nur fest bestimmt sein.[17]) Der letzte Tag der Frist ist dann der Zeitpunkt, an dem die Handlung spätestens zur Verhütung des Verzugseintrittes vorzunehmen ist.

Haben die Parteien in dem Kaufvertrage die Frist kalendermäßig bestimmt, bis zu der der Abruf der Ware bewirkt werden soll, so hat der Verkäufer, falls der Käufer nicht innerhalb der Frist abruft, mit dem Ablaufe der Frist also nichts weiter zu tun als leistungsbereit zu sein.[18]) Ist beispielsweise für die Lieferung von 10000 Ztr. Zucker vereinbart „auf Abruf bis 31. März 1912", so gerät der Käufer ohne weiteres mit dem Ablaufe des 31. März in Gläubigerverzug, wenn er bis dahin den Zucker nicht abgerufen hat, obwohl der Verkäufer leisten wollte und konnte. Nimmt dagegen der Käufer den Abruf innerhalb der Abrufsfrist, vielleicht noch am 31. März, vor, so ist nunmehr ein tatsächliches Angebot erforderlich, um ihn in Gläubigerverzug zu setzen.[19])

16) Munk S. 69; Planck 2, 108 zu § 296 Nr. 1, vgl. Schollmeyer, Schuldvhltn. 1. Hälfte S. 140 zu § 296 b, γ. Beispiele einschlägiger Fälle, die im Verkehr häufig vorkommen, bei Eck-Leonhard 1, 286 und Kohler, Arch. Bürg. R. 13, 195.

17) Siehe Gareis in Endemanns Handbuch 2, 581 Note 20; Planck 2 § 296, Anm. 2 in Verbindg. mit § 284 Anm. 6.

18) Wegen der Auslegung von Fristbestimmungen bei Abrufgeschäften siehe Zander S. 13.

19) Schollmeyer S. 140 zu § 296, b, γ hält hier immer das wörtliche Angebot für genügend. Wie oben Staudinger 2, zu § 296, 1 Goldmann-Lilienthal 1, S. 351 Plauck 2, zu § 296.

§ 7. Mangelnde Mitwirkung des Käufers zur Erfüllung durch Unterlassen des Abrufs.

Auf Seite des Gläubigers bildet das einzige Erfordernis für den Eintritt des Gläubigerverzugs die Nichtannahme des Leistungsgegenstandes. Diese Tatsache ergibt sich für das Bürgerliche Gesetzbuch unzweideutig aus der Fassung des § 293:

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

Nimmt der Gläubiger die Leistung an, so wird die Obligation erfüllt; eine Verzögerung der Erfüllung ist also dann nicht mehr möglich.

Es ist nun an dieser Stelle die Frage zu erörtern, ob das Vorliegen des Merkmales der „Nichtannahme" festgestellt werden kann, wenn der Käufer den Abruf der gekauften Ware unterläßt.

Man muß es als eine einseitige Auffassung bezeichnen, wenn unter dem Begriffe „Nichtannahme" nur die Fälle begriffen werden, in denen der Gläubiger seine Mitwirkung zur Erfüllung lediglich durch Verweigerung der eigentlichen Annahme, d. h. der Entgegennahme der Ware versagt. Vielmehr nimmt der Gläubiger auch dann eine Leistung nicht an, wenn er es unterläßt, durch seine Mitwirkung die Bedingungen zu setzen, die erfüllt sein müssen, damit die Leistung in obligationsmäßiger Weise erfolgen kann.[1]) Die Voraussetzung der Nichtannahme ist daher gegeben, wenn der Käufer bei dem Spezifikationskauf die ihm vorbehaltene Bestimmung nicht trifft oder bei der Wahlschuld sein Wahlrecht nicht ausübt. In diesen Fällen handelt es sich bei Unterlassung der erforderlichen Mitwirkung des Gläubigers nicht etwa um einen besonderen Verzug. Es gibt keinen Spezifikations- oder Wahlverzug, es gibt nur einen Leistungs- und einen Gläubiger-

1) Kohler, Arch. Bürg. R. 13, 183; Kohler Lehrbuch 2, § 74 II, 2; Munk S. 50; Rosenberg in Jherings J. 43, 142; Endemann 1, 786 Anm. 2 Hirsch S. 17.

verzug, damit sind die Verzugsfälle überhaupt erschöpft. Es besteht auch kein Bedürfnis für die Annahme eines besonderen Verzuges mit Rücksicht auf Handlungen, die die Inempfangnahme einer Leistung vorbereiten.[2]) Wo immer eine Mitwirkung des Gläubigers nötig ist, da ist auch Raum für einen Gläubigerverzug.[3])

So liegt die Sache auch bei dem Abrufe. Da dieser sich als eine Bedingung für die Erfüllung der Leistung des Verkäufers darstellt, ist das Unterlassen desselben gleichbedeutend mit Nichtannahme der Leistung. Der Käufer, der den Abruf nicht vornimmt, kammt beim Vorliegen der sonstigen Erfordernisse in den allgemeinen Gläubigerverzug, nicht in einen besonderen Abrufverzug. Eine ausdrückliche Verweigerung des Abrufs ist nicht nötig; es genügt Passivität, das bloße Unterlassen des Abrufs, um die Wirkungen des Gläubigerverzugs gegen den Käufer auszulösen.[4])

Kann sich der Käufer von dem Eintritt der letzteren im Einzelfalle nicht durch den Nachweis mangelnden Verschuldens bei dem Unterbleiben des Abrufs befreien?

Es war im gemeinen Recht eine heiß umstrittene Frage, ob als Voraussetzung des Gläubigerverzugs zu der Nichtmitwirkung noch ein weiteres, subjektives Moment in der Person des Gläubigers, ein Verschulden hinzukommen müsse. Eine Verschuldung involviert notwendig den Gedanken einer Pflichtverletzung. Sie kann daher vorliegend nur in Betracht kommen, wenn eine Verpflichtung des Gläubigers zur Mitwirkung besteht. In der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin wurde der Satz aufgestellt, der Gläubiger sei, ebenso wie der Schuldner zur Leistung, so zur Vornahme seiner zur Erfüllung notwendigen Mit-

2) Pescatore, Wahlschuldverh., S. 235.

3) Rosenberg a. a. O. S. 197. Vgl. auch Schey S. 119; „Alle diese Fälle sind bloß verschiedene Arten der einen mora creditoris". RG. 10, 99.

4) Vgl. Endemann S. 788; Eck-Leonhard, 1, 286; Düringer-Hachenburg 3, 212.

wirkung verpflichtet. Diese Lehre handelte durchaus konsequent,[5]) wenn sie den Gläubigerverzug an eine Verschuldung des Gläubigers anknüpfte.[6]) Auch die Praxis des gemeinen Rechts nahm das Erfordernis des Verschuldens an, und ferner folgten mehrere Gesetzbücher, darunter das Allgemeine Landrecht (I, 11 §§ 101, 102), dieser Ansicht.

Es ist zweifellos ein Verdienst Kohlers, demgegenüber nachgewiesen zu haben,[7]) daß im Gegensatz zum Schuldnerverzug der Gläubigerverzug ein rein objektiver Begriff ist, der kein Verschulden voraussetzt. Der Gläubiger hat als solcher nur Rechte, keine Pflichten. Es besteht daher auch eine Pflicht des Gläubigers, den Leistungsgegenstand anzunehmen bezw. die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung seinerseits zu gewähren, regelmäßig nicht. Die Mitwirkung ist durchaus nur ein Recht des Gläubigers.[8]) Mit Fug bezeichnet Kohler die gegenteilige Ansicht als einen der fundamentalsten Irrtümer in der Lehre des Obligationsrechts.[9]) Die Ausübung des Mitwirkungsrechts ist Sache der Willkür und des Gutdünkens des Gläubigers; es entstehen für diesen allerdings durch Versagung seiner Mitwirkung mannigfache Nachteile, die er als Folgen seiner Handlungsweise sich selbst zuzuschreiben hat.[10]) Von einer Pflichtverletzung des Gläubigers und infolgedessen einer Abhängigkeit des Eintritts

5) Hirsch S. 215, 216.

6) Für das gemeine Recht fordern Verschulden: von Madai §§ 2, 36, 42; Wolff § 20 S. 252 ff, 406; Vangerow 3, 182 ff; Seuffert, 2 §§ 245, 248; Windscheid-Kipp 2 S. 446; Dernburg, Pand., 2, 121; Schey S. 71 ff, 91 ff. S. auch Munk S. 45.

7) Iherings J. 17, S. 265 ff. 409 ff. und Arch. Bürg. R. 13 S. 149, 150, 164, 201.

8) Hirsch, der Kohler gefolgt ist, S. 180.

9) Iherings J. 17, 267.

10) Vgl. Sintenis 2, 214; Kohler Arch. Bürg. R. 13, 161/162; Schollmeyer zu § 293 S. 137.

des Gläubigerverzugs von einem Verschulden kann also keine Rede sein.[11])

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch kennt keine allgemeine Verpflichtung des Gläubigers, die Leistung anzunehmen. Es läßt daher sehr folgerichtig Gläubigerverzug ohne Rücksicht darauf eintreten, ob dem Gläubiger ein Verschulden zur Last fällt oder nicht.[12]) Die nackte Tatsache der Nichtannahme bezw. Nachtmitwirkung genügt. Dies ergibt sich, wie bereits oben angedeutet worden ist, aus der Fassung des § 293 BGB., in dem die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs bestimmt werden, ohne daß das Erfordernis eines Verschuldens erwähnt wird, und ferner aus dem Gegensatz zu der in § 285 BGB. ausdrücklich für den Verzug des Schuldners getroffenen Vorschrift, nach der Verzug nicht eintritt, wenn die Verzögerung der Leistung nicht auf einem Verschulden des Schuldners beruht.[13])

Für den Kaufvertrag — daneben noch für den Werkvertrag — ist allerdings im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 433 Abs. 2) eine Abnahme p f l i c h t des Käufers ausdrücklich statuiert. Darüber wird später gehandelt werden.

Als Mitwirkungsakt des Käufers (= Gläubigers) bei der Erfüllung des Verkäufers (= Schuldners) ist auch der Abruf ein Recht, keine Pflicht des Käufers.[14]) Der Käufer

11) Für das gemeine Recht leugnen ein Verschulden: Puchta § 269; Sintenis 2, 217; Brinz S. 308; Hirsch S. 228 ff; Bechmann III, 1 S. 144. Eine Mittelmeinung vertritt Mommsen, S. 134, 135, 160 ff; gegen diesen Schey S. 21 ff.

12) Eine Milderung dieses Prinzigs enthält der in § 4 der Abhdlg. bereits erwähnte § 299 BGB.

13) Die nicht zur Ruhe kommende Frage nach dem Erfordernis eines Verschuldens bei dem Gläubigerverzug hat somit, wie Rosenberg, a. a. O. S. 201, zutreffend bemerkt, jetzt unter der Herrschaft des BGB. kaum praktisches Interesse. Es ist deshalb von einer umfassenden Behandlung derselben, die ihr sehr häufig zuteil geworden ist, in dieser Abhandlung abgesehen worden.

14) So auch Staub, Exk. zu § 374 Anm. 168 am Schlusse; Zander S. 3, 23 unter III, vgl. ferner Crome 2, 146 § 163 I Abs. 3.

kann zur Vornahme des Abrufs nicht auf dem Zwangswege angehalten werden; vielmehr bleibt es seinem Belieben überlassen, ob er sein Abrufsrecht ausüben will oder nicht. Es treffen ihn jedoch die Nachteile, die der Nichtgebrauch dieses Rechtes nach sich zieht. Er gerät also auch ohne Verschulden in Verzug; er hat keine Möglichkeit, sich damit zu entschuldigen, daß er durch äußere Ereignisse oder irgendwelche zufällige Umstände, auch höhere Gewalt,[15]) an der Vornahme des Abrufs verhindert war.

Erwähnt sei schließlich, daß der Käufer, auch wenn er den Abruf rechtzeitig vornimmt, natürlich nachher in Verzug kommen kann, falls er die ihm von dem Verkäufer nach Maßgabe des Abrufs angebotene Ware nicht annimmt. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Bereitschaft des Gläubigers zur Annahme der angebotenen Ware für die Abwendung des Verzugseintritts nicht immer genügt, vielmehr muß der Gläubiger auch die von ihm durch den Schuldner verlangte Gegenleistung anbieten.[16]) Beispielsweise hat die Nichtzahlung des Kaufpreises, ohne die die Ware mangels besonderer Abrede vom Verkäufer nicht übergeben zu werden braucht, hier den Gläubigerverzug des Käufers zur Folge; ebenso liegt es, wenn der Käufer auf Verlangen des nach erfolgten Abrufs zur Leistung bereiten Verkäufers die Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses, auf das dem Verkäufer ein gesetzlicher Anspruch zusteht (§ 368 BGB.), ablehnt.

15) Cosack, Bürg. R. 1, 431.
16) § 298 BGB.

II. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs des Käufers.

§ 8. Im Allgemeinen.

Die Grundlage eines jeden Schuldnerverzugs bildet das Vorhandensein einer Verpflichtung zu einer Leistung. Wo es sich nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, ist auch nicht die Möglichkeit eines Verzuges des Schuldners gegeben. Während der Gläubigerverzug, wie bereits ausgeführt worden ist, auf der Nichtausübung eines Rechts beruht, ist der Schuldnerverzug immer Verletzung einer Pflicht. Deshalb ist — darin liegt die bedeutsamste Abweichung der Voraussetzungen des Schuldner- und Gläubigerverzugs[1]) — der Schuldner auch gegen die Wirkungen des Verzugs geschützt, wenn ihm ein Entschuldigungsgrund zur Seite steht. Ist letzteres nicht der Fall, dann kommt der Schuldner nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Verzug, wenn er die ihm obliegende fällige Leistung trotz Mahnung nicht rechtzeitig bewirkt (§§ 284, 285 BGB.)

Für den Kauf auf Abruf ist oben das Bestehen einer Verpflichtung des Käufers zur Vornahme des Abrufs verneint worden. Der Abruf stellt sich nicht als eine Leistung dar, die der Käufer kraft des Vertrages schuldet und auf die dem Verkäufer ein Forderungsrecht zusteht. Daraus würde sich ergeben, daß wegen der Säumigkeit des Käufers in dem Abrufe kein Schuldnerverzug, sondern nur Gläubigerverzug eintreten kann. Es bleibt indes vor der endgültigen Aufstellung eines derartigen Grundsatzes zu erörtern, ob man beim Fehlen einer selbständigen Verpflichtung des Käufers zur Vornahme des Abrufs eine solche nicht aus einer anderen Pflicht des Käufers herleiten kann. Dabei wird an die Abnahmepflicht gedacht.

1) Stammler, Schuldverh., S. 152

§ 9. Kann die Abnahmepflicht des Käufers die Grundlage des Schuldnerverzugs des den Abruf unterlassenden Käufers bilden?

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 433 Abs. 2 BGB.: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen und die gekaufte Sache abzunehmen". Neben der Verpflichtung zur Preiszahlung legt es also dem Käufer die der Abnahme der Kaufsache auf. Von einigen Schriftstellern wird die Ansicht vertreten, daß die Abnahmepflicht sich nicht nur auf das Abnehmen des Kaufgegenstandes, sondern auch auf eine etwaige weitere zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung, also auch auf den Abruf, erstrecke.

Von vornherein werden natürlich über ein solche Auffassung diejenigen den Stab brechen, die deren Voraussetzung, das Bestehen einer Abnahme p f l i c h t überhaupt nicht anerkennen. Trotz des klaren Wortlautes des Gesetzes leugnet namentlich K o h l e r,[2]) daß durch die Vorschrift des § 433 Abs. 2 BGB. eine rechtliche Verpflichtung des Käufers zur Abnahme begründet werde, die wie jede andere im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. K o h l e r argumentiert so: Eine Abnahmepflicht widerspreche dem früher erwähnten Grundsatze, daß der Gläubiger einer Leistung, der eben Gläubiger und nur Gläubiger sei, zu ihrem Empfange berechtigt, aber nicht verpflichtet sei. Der Gläubiger könne demnach auch nicht zur Annahme der Leistung gezwungen werden. Der von K o h l e r eingenommene Standpunkt ist vor allem deshalb nicht haltbar, weil er auf einer Identifizierung von Abnahme und Annahme beruht. Diese beiden Begriffe sind aber scharf zu scheiden. Nach der herrschenden Meinung[3])

2) Kohler im Arch. Bürg. R. 13 S. 174 ff; 240 ff.

3) Bechmann III, 1 S. 158 Anm. 3; Jakobi in Iherings J. 45, 264 ff; Lehmann in D. J. Z. 1902 S. 493 Nr. 5; Hohenstein im Arch. Bürg. R. 25, 71; Rosenberg in Iherings J. 43, 256; Mathias S. 283; Planck 2, zu § 433 Ziff. 7 b; Endemann § 159 S. 938; Staudinger 2 b, zu § 433 Ziff. 2 a: RG. 53, 162 und 56, 175.

ist Abnahme im Sinne des § 433 BGB. richtig lediglich als die körperliche Hinwegnahme eines Gutes zu definieren; die Abnahme stellt also einen technischen Akt dar, der dazu dient, den Verkäufer von dem Besitze der Sache zu befreien und ihn von der Obhut über diese zu entheben im Gegensatze zu dem Rechtsakt der Übergabe. Auf Seiten des Verkäufers bildet die der Abnahme korrespondierende Handlung die Ablieferung, nicht die Übergabe.[4]) Unter Annahme dagegen ist Entgegennahme der Leistung als Erfüllung des Vertrages zu verstehen.[5]) Kohler übersieht also insbesondere, daß die Abnahmepflicht des § 433 BGB. nur auf die Entfernung des Kaufgegenstandes aus dem Gewahrsam des Verkäufers, nicht auf den Übergang des Gutes in den Besitz des Käufers gerichtet ist. Der Käufer wird um des Verkäufers, nicht um seiner selbst willen zur Abnahme verpflichtet.[6])

Kohler sucht an einer Reihe von Beispielen darzutun, daß eine Abnahmepflicht häufig zu unhaltbaren Ergebnissen führe. Er begeht dabei jedoch den Fehler, daß er zu wenig der Rücksicht auf den Verkäufer gerecht wird, der in vielen Fällen ein weit größeres Interesse als der Käufer hat, von der Kaufsache befreit zu werden. Kohler führt weiter an, eine Klage auf Abnahme sei nur eine Feststellung dessen, daß der Schuldner frei sei. Dies ist, wie Oertmann und Bechmann[7]) mit Recht bemerken, unzutreffend, denn „der ganze Passus des § 433 BGB. würde dann inhaltlos gemacht, eine solche Feststellungsklage wäre nach § 256 CPO. auch ohne ihn statthaft". An diesem Argument ist Kohler gegenüber auch festzuhalten, wenn er bemerkt, daß es infolge der gesetzlichen Bestimmung des § 433 Abs. 2 BGB. nicht des Nach-

4) Hohenstein a. a. O. S. 74; Staudinger a a. O.

5) So Endemann S. 794, 795; Rosenberg a. a. O. S. 254; Planck 2 zu § 464 Anm. 1; Schöller in Gruchots Beitr. 46, 39; RG. 57, 338.

6) Oberloskamp S. 12, Jakobi a. a. O. S. 273.

7) Oertmann, Schuldverh., S. 379. Bechmann III, 1 S. 159.

weises des zur Anwendung des § 256 CPO. erforderlichen Feststellungsinteresses bedürfe.[8])

Im Anschlusse an Kohler entscheidet sich Romeick[9]) für die Ansicht, daß die Abnahme der Kaufsache keine Schuldnerleistung, der Abnahmeverzug nur eine Form des Annahmeverzugs sei.

Die herrschende Meinung steht dagegen auf dem hier vertretenen Standpunkt, daß schon nach der Fassung des Gesetzes, das sich auch gar nicht deutlicher hätte ausdrücken können, kein Zweifel an der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme bestehen kann.[10]) Der Verkäufer hat einen selbständigen, klagbaren und vollstreckbaren Anspruch auf Abnahme. Versäumt der Käufer die Erfüllung seiner Abnahmepflicht, so gerät er beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen in Schuldnerverzug.

Von der Abnahmepflicht des Käufers ausgehend sehen nun Düringer-Hachenburg[11]) den Abruf als einen Teil derselben an. Sie behaupten, die Abnahmepflicht könne im Einzelfalle einen größeren oder geringeren Umfang haben. Bereits auf Grund dieser Verpflichtung habe der Käufer insbesondere bei der Ablieferung der Ware mitzuwirken; er genüge seiner Abnahmepflicht nur dann, wenn er das Seinige tue, um die Erfüllung der vertragsmäßigen Lieferungspflicht des Verkäufers zu ermöglichen. Daraus folgern sie, der Käufer gerate stets schon durch den Verzug mit einer Mitwirkungshandlung mit der Abnahme in Verzug. Rufe daher der Käufer die Ware nicht rechtzeitig ab, so würde durch den Verzug mit dem Ab-

8) Vgl. auch Kohler in s. Lehrb. des Bürg. R. 2 S. 202, 303.

9) Zur Technik des BGB. S. 56 ff., S. 110, Ziff. 6. Gegen Romeick Rosenberg a. a. O., S. 251 ff.; Hohenstein in Gruchots Beitr. 48, 714 ff.

10) Crome 2, 424; Oertmann zu § 433 Ziff. 3 b und S. 379; Planck 2, 334; Mathias S. 283; Dernburg 2,1 S. 177; Endemann S. 938; Kuhlenbeck 1,250 Anm. 1; Rosenberg a. a. O., S. 250; Paech S. 26; RG. 53 S. 165. Auch die Motive (2,318) und Protokolle (2 S. 53, 54) lassen die aus dem Gesetze sich ergebende Auffassung erkennen.

11) Kommentar 3, S. 50. 51, 233 Fußnote.

rufe Verzug mit der Abnahme, also Schuldnerverzug, begründet. Düringer-Hachenburg gelangen mithin zur Bejahung der für diesen Paragraphen der vorliegenden Abhandlung gestellten Frage.

Eine ähnliche Konstruktion wie bei den genannten Schriftstellern findet sich bei Rosenberg.[12]) Auch Rosenberg leitet aus dem Bestehen der Abnahmepflicht eine Verpflichtung des Käufers zur Vornahme von Hülfshandlungen her. Er begründet seine Ansicht damit, daß sonst der Käufer durch Unterlassung dieser Mitwirkungstätigkeit seine Abnahmepflicht illusorisch machen könne. Allerdings schränkt er die Verpflichtung des Käufers auf solche Handlungen ein, die unmittelbar die Erfüllung herbeiführen sollen. Unter diese fällt aber gleich der von Rosenberg ausdrücklich erwähnten Spezifikation auch der Abruf.

Beiden Auffassungen ist die Billigung zu versagen. Sie erklären sich aus der Tatsache, daß in dem Sprachgebrauche der Geschäftswelt dem Ausdrucke „Abnehmen" vielfach eine über den rein technischen Akt der körperlichen Wegnahme hinausgehende Bedeutung beigelegt wird. Nach der Geschäftssprache stellt sich der Begriff „Abnehmen" häufig als Sammelnamen dar, unter dem die gesamte Tätigkeit des Käufers vom Abschlusse des Kaufvertrages bis zur Entgegennahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises zusammengefaßt wird; man verbindet demgemäß auch mit ihm alle rechtsgeschäftlichen Handlungen, die der Käufer vorzunehmen hat, um dem Verkäufer erst die Erfüllung seiner Lieferungspflicht zu ermöglichen, also auch den Abruf. Es liegt hier einer der nicht selten vorkommenden Fälle vor, in denen die Sprache der Verkehrswelt mit der Rechtssprache nicht im Einklang steht.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat jedes Wort seinen bestimmten Sinn.[13]) Ist unter Abnahme in § 433 Abs. 2, wie

12) Iherings J. 43, 265.

13) Sohm in Systemat. Rechtsw. S. 17.

auch Rosenberg[14]) anerkennt, lediglich körperliches Hinwegnehmen zu verstehen, so entbehrt eine Ausdehnung der Abnahmeverpflichtung auf Hilfshandlungen des Käufers rechtlich jeder Begründung. Nichts anderes braucht man gegen Düringer-Hachenburg ins Feld zu führen, wenn sie[15]) Abnahme als körperliche Entgegennahme definieren. Auch das Reichsgericht hat in zwei beifallswürdigen Erkenntnissen betont,[16]) die Abnahmepflicht schließe nicht die Verpflichtung zur Vornahme von Mitwirkungshandlungen in sich; die gegenteilige Ansicht verleihe dieser eine zu große Tragweite. Die gleiche Anschauung findet sich jetzt als herrschende in der Literatur.[17])

Sind Abruf und Abnahmepflicht als etwas verschiedenes voneinander zu trennen und ist also aus dem Verzuge mit dem Abrufe kein Verzug mit der Abnahme zu entnehmen, so bleibt es dabei, daß im allgemeinen das Unterlassen des Abrufs lediglich Gläubigerverzug zur Folge hat.

Ausnahmsweise muß man jedoch auch eine Verpflichtung des Käufers zur Vornahme des Abrufs anerkennen. Einmal dann, wenn eine solche von den Parteien ausdrücklich vereinbart ist; es unterliegt keinem Zweifel, daß der Käufer sich dem Verkäufer gegenüber verpflichten kann, diesem eine Abrufererklärung zukommen zu lassen; namentlich bei Successivlieferungsgeschäften wird dies geschehen. Ferner kann sich aus den Umständen,[18]) insbesondere der Natur des Geschäfts, eine Pflicht zur Abgabe einer Abrufserklärung ergeben. In diesen Fällen stellt

14) a. a. O. S. 256.

15) a a. O. S. 50.

16) RG. 56, 177; 57, 109 (D. J. Z. 1904 S. 343).

17) Staub Exk. vor § 373 Anm. 71; Planck 2, zu § 433 Ziff. 7 b; Enneccerus 1,2 § 280 Anm. 12 S. 709; Mathias S. 283; Makower 2, 1197; Bechmann 3,1 S. 160; Hohenstein in Gruchots Beitr. 48, 715.

18) z. B. Die abzurufende Ware ist nicht lagerungsfähig.

sich aber, wie auch das Reichsgericht in den beiden erwähnten Entscheidungen zutreffend ausgeführt hat, diese Abrufpflicht als eine selbständige Verpflichtung dar, die neben der Abnahmepflicht, nicht als Teil derselben besteht, allerdings gleichberechtigt zu dieser tritt. Sie wird von der Bestimmung des § 242 BGB. über Treu und Glauben beherrscht. Gerät der Käufer mit ihrer Erfüllung in Verzug, dann kommen bezüglich der Voraussetzungen dieses Verzugs die Vorschriften des BGB. über den Verzug des Schuldners zur Anwendung. Es ist also namentlich die Notwendigkeit einer Mahnung, d. h. einer Aufforderung zur Vornahme des Abrufs gegeben, es sei denn, daß ein besonderer Termin oder doch ein Endtermin festgesetzt ist, bis zu dem abgerufen sein muß. In letzterem Falle gilt der Satz: dies interpellat pro homine.

Der Verkäufer kann bei bestehender Abrufpflicht des Käufers sowohl die Rechte, die ihm beim Gläubigerverzug des Käufers zustehen, als auch die, die ihm bei dessen Schuldnerverzug gegeben sind, ausüben, denn der durch das Unterlassen des Abrufs eintretende Gläubigerverzug wird durch den Schuldnerverzug nicht berührt. Nur wenn der Käufer durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand an dem Abruf verhindert ist, ist der Verkäufer auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Gläubigerverzuge beschränkt.

§ 10. Der Verzug des Käufers mit dem Abruf als Voraussetzung für die Anwendung des § 326 BGB.

Der § 326 BGB. statuiert für den Verzug bei Obligationen aus gegenseitigen Verträgen besondere Folgen. Er gewährt der nichtsäumigen Partei das Recht, unter Ablehnung der Erfüllung Schandensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. — Es soll an dieser Stelle die Frage erörtert werden, ob bei dem Kauf auf Abruf der Verzug des Käufers mit dem Abrufe als zureichende Voraussetzung für die Anwend-

barkeit des § 326 BGB. anzusehen ist. Dabei greift von vornherein eine Einschränkung Platz. § 326 erfordert, daß bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Vertragsteil mit „der ihm obliegenden Leistung" in Verzug ist. Die Erfüllung einer Obliegenheit muß also ausgeblieben sein. Daraus geht hervor, daß es sich hier um den Teil handelt, der etwas schuldet. Der Paragraph bezieht sich daher ausschließlich auf den Schuldnerverzug. Demgemäß können überhaupt nur die Fälle des Kaufs auf Abruf für § 326 in Frage kommen, in denen eine Verpflichtung des Käufers zur Vornahme des Abrufs besteht; das sind aber eben die Ausnahmefälle. Im übrigen gehört unzweifelhaft der Kauf auf Abruf zu den gegenseitigen Verträgen; gerade der Kaufvertrag bildet deren Haupterscheinungsform.

Der § 326 BGB. bezieht sich nun nicht auf jede sich aus einem gegenseitigen Vertrage ergebende Verpflichtung. Was ein Schuldner zu leisten hat, kann das Gesamtergebnis von verschiedenen Handlungen und einzelnen Leistungen bilden, die in ihrem Verhältnis zur Vertragserfüllung eine größere oder geringere Bedeutung haben. Wie schon die Wortfassung des § 326 mit der ihm obliegenden Leistung — zeigt, greift diese Vorschrift nur Platz, wenn der Schuldner mit der Leistung im Verzug ist, die dem nichtsäumigen Teil den eigentlichen Gegenwert für seine Leistung bietet. Das Reichsgericht, das sich mit dieser Frage mehrfach beschäftigt hat,[1]) führt in dem Sinne zutreffend aus, erforderlich sei der Verzug mit der Leistung, die die Hauptleistung sei oder doch zu der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung gehöre. Die Bestimmungen des § 326 BGB. treffen daher nicht die aus einem gegenseitigen Vertrage sich für beide Teile ergebenden Nebenverpflichtungen. Diese Nebenleistungen bilden nicht das Äquivalent für die Leistung des Nicht-

1) RG. 53, 163; 57, 110. RG. in D. J. Z. 1904 S. 342; Seuff. A. 63,8 Nr. 6.

säumigen. Für diese Auffassung läßt sich vornehmlich ein innerer Grund geltend machen. Die Nichterfüllung einer Nebenverpflichtung kann schwerlich solch weitreichende Konsequenzen, wie sie der § 326 BGB. an den Verzug knüpft, nach sich ziehen. Ferner spricht, was Staub[2]) betont, für diese Ansicht die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichgerichts hinsichtlich der Anwendung der Art. 354—356 des alten Handelsgesetzbuches, die für den § 326 BGB. vorbildlich gewesen sind. Auch jene Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuches setzten voraus, daß die beiden Vertragsteile mit ihrer eigentlichen wirtschaftlichen und begrifflichen Gegenleistung im Verzug waren.

Bei dem Kaufe ist die Zahlung des Kaufpreises als Hauptleistung des Käufers zu betrachten. Dagegen bildet schon die Abnahme der Kaufsache nur eine Nebenverbindlichkeit. Allerdings legt der § 433 BGB. dem Käufer die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Sache auf. Trotzdem stehen beide Verpflichtungen nicht gleichberechtigt nebeneinander. Denn die Abnahmepflicht ist keineswegs, weder juristisch noch wirtschaftlich der Gegenwert für die Lieferungspflicht des Verkäufers;[3]) dies ist vielmehr der Kaufpreis. Insbesondere kann aus der Fassung des § 433 Abs. 2 — der Käufer ist verpflichtet, zu zahlen „und" abzunehmen — nicht entnommen werden, daß Zahlungs- und Abnahmepflicht koordiniert seien.[4]) Letztere ist lediglich deshalb im Gesetz

2) Exkurs zu § 374 Anm. 163. Ebenso Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 42, Bürg. R.

3) Staub Exk. zu § 374 Anm. 165. Im Anschlusse an Staub und das Reichsgericht a. a. O. verneinen die Anwendbarkeit des § 326 auf den Verzug mit der Abnahme: Staudinger zu § 433 Anm. IX 2 e; Oertmann zu § 326 Note 4 e S. 204; Planck zu § 433 Anm. 7 b; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 42; Jakobi in Iherings J. 45, 288; Windscheid-Kipp 2, 335.

4) Darauf beruft sich die Gegenmeinung, die namentlich vertreten wird von Düringer-Hachenburg 2, 134; 3, 109; Cosack Bürg. R. 1. 540 f.;

ausdrücklich normiert worden, weil sie sonst als naturale negotii verneint erscheinen und die Gefahr entstehen würde, daß sie nur in den Fällen anerkannt würde, in denen sie ausdrücklich bedungen worden ist oder als stillschweigend vereinbart sich nachweisen läßt.[5])

Ebenso wie mit der Abnahme liegt die Sache mit dem Abrufe. Gleich der Abnahme ist dieser nicht als Hauptleistung im Sinne des § 326 BGB. anzusehen. Auch bei dem Kauf mit der Abrufabrede geht jeder Teil eine Verpflichtung nur ein, um die Verpflichtung des anderen Teiles zu erlangen. Dieses Wesen der Gegenseitigkeit, auch Synallagma genannt, fehlt hinsichtlich der Leistung des Verkäufers und der Abrufpflicht des Käufers. Die Leistungen, deren Austausch von den Parteien bezweckt wird, sind auch hier lediglich auf Seiten des Verkäufers das Verschaffen der Kaufsache, auf Seiten des Käufers die Zahlung des Kaufpreises. Auf die Vornahme des Abrufs kommt es, auch bei Bestehen einer Pflicht des Käufers hierzu, dem Verkäufer regelmäßig nicht an. Es ist auch auf die Höhe des Kaufpreises ohne Einfluß, ob der Käufer die Ware abruft oder nicht. Der Käufer kauft die Sache in der Absicht, sie zu erwerben und dafür verpflichtet er sich, den Kaufpreis zu zahlen; der Verkäufer verkauft die Sache, um den Kaufpreis zu erlangen.

Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß die Abnahme- und entsprechend die Abrufpflicht ausschließlich sich als Nebenverpflichtungen im gedachten Sinne darstellen. Im Einzelfalle können vielmehr beide Verpflichtungen eine für das synallagmatische Verhältnis wesentliche Bedeutung gewinnen. Sie sind dann als dem Käufer obliegende Hauptleistungen anzusehen und der Verzug mit einer von ihnen gibt dem Verkäufer die Rechte aus § 326

Makower 2, 1197f.; Endemann S. 938 Note 24; Rosenberg Iherings J. 43, 261 ff.; Zander S. 26; OLG. Hamburg in OLG. Rspr. 4, 223; OLG. Marienwerder ebenda 6, 50; OLG. Karlsruhe ebenda 6, 51.

5) Mot 2, 318.

BGB. Einen solchen Charakter als Hauptverbindlichkeit hat der Abruf gleich der Abnahme jedoch nur dann, wenn er sich aus besonderen Vertragsbestimmungen oder aus dem Vorliegen besonderer Umstände, namentlich aus der Natur und dem Gegenstande des Geschäfts ergibt. Dies ist beispielsweise nach der Sachlage anzunehmen, wenn es sich im Großhandel um Lieferung von Massenprodukten und Massenartikeln handelt; hier setzt die ordnungsmäßige Aufrechterhaltung und Ermöglichung des Geschäftsbetriebes, namentlich bei Successivlieferungsgeschäften voraus, daß der Abruf mit größter Pünktlichkeit und Regelmäßigkeit stattfindet. Der Nichtabruf muß den ganzen Betrieb erheblich stören. Dem Reichsgericht haben mehrfach einschlägige Fälle, vornehmlich aus dem Kohlengroßhandel, zur Entscheidung vorgelegen; es hat dabei den oben präzisierten, der Billigkeit entsprechenden Standpunkt eingenommen.[6]) Ein weiterer Anwendungsfall des § 326 BGB. hinsichtlich des unterlassenen Abrufs würde bei einem Verkaufe „ab Schiff" gegeben sein.

Als Ergebnis ist mithin festzustellen, daß § 326 BGB. bei dem Verzuge des Käufers mit dem Abrufe nur ausnahmsweise eingreift, und zwar dann, wenn der Abruf sich als eine dem Käufer obliegende Hauptverbindlichkeit darstellt. Liegt gleichzeitig Verzug mit der Zahlung des Kaufpreises vor, dann ist immer die Anwendung des § 326 gerechtfertigt.

§ 11. Verhältnis des Verzugs des Käufers mit dem Abruf zu dessen Verzug mit der Spezifikation, insbesondere beim Handelskauf.

Das im vorhergehenden Paragraphen gewonnene Resultat gibt noch eine Frage zur Erörterung auf, die als Schlußbetrachtung dienen soll. Im Verlaufe dieser Ab-

6) RG. in Leipz. Zeitschr. 1907 S. 287; im „Recht" 1905 S. 470 Nr. 1835; im „Recht" 1907 S. 248 Nr. 434 und S. 247 Nr. 430; RG. 57, 112; Ebenso Staub Exkurs zu § 374 Anm. 168.

handlung ist bereits verschiedentlich der Spezifikationskauf erwähnt worden. Es hat sich gezeigt, daß dieser Gattung von Kaufgeschäften bezüglich der Voraussetzungen des Verzugs des Käufers in manchen Punkten eine mit dem Kauf auf Abruf übereinstimmende Beurteilung zuteil zu werden hat. Hier ist nun das Problem näher ins Auge zu fassen, ob die Unterlassung des Abrufes der Unterlassung der Spezifikation gleich zu behandeln ist. Von Bedeutung wird diese Frage bei dem Handelskaufe, für den das Handelsgesetzbuch der Eigenart des Spezifikationskaufes gemäß in § 375 besondere Bestimmungen getroffen hat. Der § 375 HGB. statuiert einmal eine Pflicht des Käufers zur Vornahme der Spezifikation und erklärt ferner, falls die Spezifikation nicht rechtzeitig geschieht, den Verkäufer schlechthin für befugt, entweder die Spezifikation selbst vorzunehmen oder die Rechte aus § 326 BGB. geltend zu machen.

Der Spezifikationskauf, der sich hauptsächlich im Eisenhandel findet, kommt in zwei Gestaltungen vor, Oertmann[1]) und diesem folgend Staub[2]) sprechen von „einfachen“ und „komplizierten“ Fällen. Bei den einfachen Fällen kommen Verkäufer und Käufer über Lieferung eines bestimmten Warengesamtquantums, meist gegen einen bestimmten Preis, den sogenannten Grundpreis, überein, wobei jedoch dem Käufer überlassen wird, die Formen oder Dimensionen, in denen die Ware zu leisten ist, meist gegen einen zum Grundpreis hinzutretenden Überpreis zu bestimmen. Ein komplizierter Spezifikationskauf liegt dagegen vor, wenn ein Gesamtquantum verkauft wird, dessen Lieferung in vom Käufer zu wählenden Sorten mit oder ohne gleichen Grundpreis zu erfolgen hat, wobei wiederum auch die Bestimmung der Formen oder Dimensionen dem Käufer überlassen sein kann.

---

1) Arch. Ziv. Prax. 85, 203.
2) Komment § 375 Anm. 1.

Der § 375 HGB. findet auf beide Gestaltungen Anwendung. Seine Eingangsworte lauten: Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so . . . Aus den Worten „ähnliche Verhältnisse" ergibt sich, daß auch die Bestimmung der Warensorte unter § 375 fällt.[3])

In der freien Geschäftspraxis ist man lebhaft geneigt, bei dem Handelskaufe die Unterlassung des Abrufs der Unterlassung der Spezifikatian gleich zu behandeln. Aber auch in der Literatur hat eine solche Auffassung ihre Vertreter gefunden. Zu diesen gehören Lehmann-Ring, die den § 375 HGB. auch dann für anwendbar erklären, wenn dem Käufer die nähere Bestimmung der Erfüllungszeit vorbehalten ist.[4]) Sie begründen ihre Ansicht damit, daß in diesem Falle eine Bestimmung über „ähnliche Verhältnisse" vorliege. Diese Auffassung billigt auch Makower.[5]) Auf dem gleichen Boden steht Hohenstein,[6]) der ausdrücklich ausführt: Der Abruf läßt sich dann unter § 375 HGB. subsumieren, wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft in Frage steht.

Der Meinung der genannten Schriftsteller ist nicht zu folgen. Allerdings würde, wie Zander[7]) richtig bemerkt, mit ihrer Annahme ein großer Teil der Schwierigkeiten, die sich bei der Beurteilung der Abrufsgeschäfte ergeben, leicht seine Erledigung finden. Es stehen ihr jedoch gewichtige Bedenken entgegen.

Der mit der Spezifikationsklausel und der mit der Abrufsklausel geschlossene Kauf haben das Gemeinsame, daß bei jedem von ihnen der Käufer Bestimmungen über Modalitäten der Erfüllung zu treffen hat. Eine gewisse

3) Düringer-Hachenburg 3, 233 § 375 Note II b.
4) HGB. 2 § 375 Nr. 2.
5) Makower 2, 1228.
6) In Gruchots Beitr. 48, 715.
7) Zander S. 10.

Verwandtschaft zwischen beiden Fällen kann deshalb nicht geleugnet werden. Sie unterscheiden sich aber wesentlich darin, daß bei dem Spezifikationskaufe die nähere Bestimmung des Gegenstandes der Leistung in Frage steht; der Käufer hat das Recht der „Individualisierung des Schuldinhalts" nach gewissen Richtungen; bei dem Kauf auf Abruf dagegen bezieht sich die Bestimmung des Käufers nicht auf den Gegenstand, sondern auf die Zeit der Leistung.

Hieraus ergibt sich die Bedeutung der Worte „ähnliche Verhältnisse" in § 375 HGB. Es müssen Verhältnisse sein, die den Kaufgegenstand betreffen. Ausgeschlossen bleibt von ihnen die Erfüllungszeit.

Die Vorschrift des § 375 HGB. kann nicht erweiternd auf den Kauf auf Abruf ausgelegt werden; sie wollte nur die Unsicherheit in der Frage, welche Rechtsfolgen sich an den Spezifikationskauf knüpfen, aufheben.[8])

Man muß daher auf eine einheitliche Behandlung der beiden Rechtsinstitute für die ganze Verzugslehre verzichten.

---

8) Denkschrift S. 217.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Ludwig Freudenthal, am 4. April 1885 zu Gotha als Sohn des Kaufmanns Karl Freudenthal und seiner Ehefrau Lina geb. Hellmann. Nach dem Besuche der vier unteren Klassen der Realschule zu Gotha und der Sexta bis Obertertia des dortigen Gymnasiums trat ich 1899, da meine Eltern nach Erfurt übersiedelten, in das Gymnasium zu Erfurt ein, das ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Alsdann wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu, studierte zunächst zwei Semester in Berlin, dann nach siebenmonatlicher durch Krankheit veranlaßter Unterbrechung weitere zwei Semester daselbst und schließlich zwei Semester in Halle a. S. Am 2. Mai 1908 bestand ich die erste juristische Prüfung beim Kgl. Oberlandesgericht zu Naumburg a. S. Als Referendar war ich nacheinander überwiesen dem Amtsgericht zu Weißensee i. Th., Landgericht zu Stendal, Staatsanwaltschaft zu Stendal, Rechtsanwälten Glimm und Dr. Schwarze in Halle a. S. Jetzt bin ich beim Amtsgericht zu Halle a. S. beschäftigt.

Am 4. November 1911 bestand ich das Rigorosum. Allen meinen hochverehrten Lehrern bin ich zu großem Danke verpflichtet, insbesondere aber Herrn Professor Dr. Rehme für sein wohlwollendes Entgegenkommen bei der Anfertigung der Dissertation.

Thesen.

1. Der Konkursverwalter ist nicht verpflichtet, dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sachen in Besitz und Verwaltung zu nehmen.
2. Das Unterlassen des Abrufs bei einem Kauf auf Abruf ist gleichbedeutend mit Nichtannahme der Kaufsache.
3. Ist in dem Verfahren der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein vor dem Verteilungstermin angemeldeter Anspruch in dem Teilungsplan übergangen, so ist die Beschwerde zulässig.
4. Der Anfechtungsanspruch in den Fällen des § 3 Nr. 1 und 2 des Anfechtungsgesetzes ist niemals Deliktsanspruch.
5. Der Alleinerbe kann nicht zum einzigen Testamentsvollstrecker ernannt werden.
6. Die Eintragung der Vorbehaltsgutseigenschaft einer Hypothek in das Grundbuch ist unzulässig.